

EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO DE APLICACIÓN
DE LA LEY VALENCIANA DE RELACIONES FAMILIARES

MINOR'S BEST INTEREST AS APPLICATION CRITERION OF THE
FAMILIAR RELATIONS VALENCIAN LAW

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 790-803



Javier
BARCELÓ
DOMÉNECH

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de septiembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: El artículo analiza la forma en que los Tribunales vienen utilizando el concepto del interés del menor en la aplicación de la Ley valenciana 5/2011 después de algunos años desde su publicación.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, custodia, interés superior del menor.

ABSTRACT: This paper analyzes the way in which the courts use the concept of minor's best interest of in the application of Valencian Act 5/2011 after some years from entry into force.

WORDS: Family law, custody, minor's best interest.

SUMARIO: I. Nota previa.- II. Las referencias al interés del menor en la Ley 5/2011, de 1 de abril.- III. La valoración del interés del menor en la aplicación de las medidas judiciales.- 1. Orientación de estudio.- 2. Régimen de convivencia.- 3. Atribución del uso de la vivienda familiar.- 4. Otros casos.- 5. Reflexión final: el peligro de la excesiva discrecionalidad.

I. NOTA PREVIA.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, popularmente conocida como "ley valenciana de custodia compartida", permite ya analizar los primeros resultados de la aplicación jurisprudencial de la norma. Como es bien sabido, la ley se encuentra actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional, estando pendiente la decisión sobre la misma, planteándose, como suele ocurrir con el Derecho civil foral valenciano, la competencia de la Comunidad Autónoma para legislar en esta concreta materia familiar¹.

Un tema interesante es la frecuente utilización del concepto jurídico "interés del menor" en las resoluciones jurisprudenciales, a pesar de que la ley, de manera expresa, apenas contiene referencias al mismo, circunstancia ciertamente curiosa si tenemos en cuenta que el criterio legal que preside esta materia y debe observar el juez consiste en procurar el beneficio del menor; pues el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, consagra como uno de los principios generales que "primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir..."².

1 Las vicisitudes relativas a la entrada en vigor, suspensión de la vigencia y levantamiento de la suspensión tienen las siguientes fechas: la Ley fue publicada en el *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana* el 5 de abril de 2011 y entró en vigor el 5 de mayo de 2011, siendo suspendida con efectos desde el día 4 de julio de 2011 (fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad) en virtud de resolución del TC de 19 de julio de 2011 publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 26 de julio de 2011; posteriormente, se levantó la suspensión por auto del TC de 22 de noviembre de 2011, publicándose en el *Boletín Oficial del Estado* de 3 de diciembre de 2011.

2 Al respecto, CONESA PÉREZ, C.: "Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), 8, p. 26.

• Javier Barceló Doménech

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España) y Vocal del Observatorio de Derecho civil valenciano desde 2008. Es autor de diversas publicaciones en materia de Derecho civil valenciano: "La regulación de la venta a ojo y al peso en el Derecho civil foral valenciano" (2014); "La nueva regulación valenciana de las uniones de hecho" (2014); "El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana" (2014, en coautoría con Esther Algarra Prats); y "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven" (2012). Correo electrónico: j.barcelo@ua.es.

Nuestro trabajo esquematiza los diferentes supuestos, sistematizando los criterios, para posteriormente reflexionar sobre la verdadera razón por la que, en algunos casos, se recurre a este concepto para llegar a determinadas soluciones en la aplicación de la Ley 5/2011.

II. LAS REFERENCIAS AL INTERÉS DEL MENOR EN LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL.

El Preámbulo vincula estrechamente la razón de ser de la Ley 5/2011 con el interés superior del menor: "La preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar; viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor; con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990".

El interés del menor aparece también expresamente destacado en la referencia que contiene el Preámbulo a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana. En esta Ley 12/2008, que sirve de base y antecedente, el art. 22, regulador del "derecho del menor a las relaciones familiares", configura el sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la Ley 5/2011: "1. Principio de coparentalidad: "Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses". 2. Derecho de cada menor a "crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos". 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, "a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores". 4. Derecho de cada menor "a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados". 5. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social".

En lo que son las disposiciones concretas de la Ley 5/2011, llama poderosamente la atención que solamente exista una referencia al interés superior del menor; a pesar de haber sido calificado por el Preámbulo, como ya se ha visto, como principio fundamental que la ley hace compatible con el principio de igualdad entre progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos progenitores.

Evidentemente, esto no significa que las normas no atiendan o estén inspiradas en el interés superior del menor; pero es significativa la falta de mención expresa.

Encontramos esta referencia al interés superior del menor en el art. 5.4, al tratar de la medida judicial que, en defecto de pacto, decide a favor de la modalidad excepcional, que es el régimen de convivencia individual: "La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior; y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores".

El dato contrasta, como vamos a ver, con la utilización que se hace por Jueces y Tribunales del criterio del interés superior del menor en la aplicación concreta de las medidas sobre custodia, donde se vincula tanto a la individual como a la compartida.

Volvemos, finalmente, a insistir en una idea ya apuntada. El que la Ley no sea más explícita en la utilización del criterio o del principio del interés superior del menor no significa, obviamente, que sus normas no respondan al mismo. Así, por ejemplo, aunque el art. 5.3, al enumerar los factores (edad y opinión de los hijos, dedicación y capacidad de cada progenitor; informes, especial arraigo social, escolar o familiar; posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral de cada progenitor; posibilidades de trato directo de cada progenitor con los hijos, y cualquier otra circunstancia) para decidir el régimen de convivencia, no tenga una expresa referencia al interés superior del menor; nadie dudaría que la autoridad judicial, al valorarlos, tomará en consideración que el principio fundamental que debe guiar su decisión es el interés superior del menor. Es el interés del menor y no otro u otros (como el de los padres) el que determina las medidas a adoptar. Esos factores sirven para fundar la medida en el interés del menor. El planteamiento de la SAP Alicante 10 junio 2013³ se mueve en esta dirección: "A diferencia del artículo 92 del Código Civil que establece la custodia compartida como excepción, sin perjuicio de los avances jurisprudenciales en esta materia, el artículo 5 de la Ley 5/2011, la establece como régimen normal, siendo la atribución de aquella a uno u otro de los progenitores la excepción, y todos los datos indicadores que señala el precepto son observados precisamente para no adoptarla, pero siempre teniendo en cuenta el interés de los menores; y añadiremos que no pueden aplicarse categorías generales a supuestos de hecho concretos, sino que para garantizar una decisión que supla cumplidamente las exigencias del "favor filii" se hace imprescindible escarbar en las raíces del problema analizando los hechos de manera casuística".

3 SAPAlicante 10 junio 2013 (JUR 2013, 278732).

Más allá de la interpretación de los factores concretos que indica el art. 5, no deberíamos tampoco olvidar lo que dice el Preámbulo cuando cita el antecedente del art. 22 de la Ley 2/2008, de protección integral de la infancia y de la adolescencia: la decisión judicial sobre el régimen de convivencia ha de aplicarse teniendo en cuenta los principios de coparentalidad, derecho del menor a crecer y vivir con sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, pero en la observancia de estos derechos "prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social"⁴.

III. LA VALORACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES.

1. Orientación de estudio.

Una correcta aproximación al tema objeto de estudio exige, a nuestro juicio, clasificar las sentencias que aplican la Ley 5/2011, en torno a grupo de casos, ya que con ello se consigue obtener una visión global de los supuestos en los que se utiliza el criterio del interés superior del menor para resolver o decidir cuestiones concretas de las medidas judiciales que enumera la ley a partir del art. 5.

2. Régimen de convivencia.

El ámbito más propicio para la aplicación del criterio del interés del menor es, sin duda, el de la medida judicial sobre el régimen de convivencia. Suele, con relativa frecuencia, adoptarse la medida y situarla como la más adecuada al interés del menor. Un ejemplo reciente y bastante ilustrativo lo encontramos en la SAP Alicante 29 abril 2014⁵, al señalar que "la máxima protección del superior interés de los menores en este caso concreto se obtiene con el régimen de custodia compartida. Rigiendo aquí el principio del favor filii, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española así como en la Ley Orgánica de Protección Jurídica de los Menores de 15 de enero de 1996 y sancionado por diversos Tratados y Resoluciones de Organizaciones Internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, al tiempo que inspira numerosos preceptos del Código Civil (art. 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170)".

⁴ Son pocas las sentencias que aluden a esta parte del Preámbulo, a pesar de la importancia que consideramos tiene para basar la medida judicial que se adopte en cada caso concreto. Si lo hace la SAP Valencia 31 julio 2013 (JUR 2013, 325623).

⁵ SAP Alicante 29 abril 2014 (JUR 2014, 199004).

Esta forma de proceder no debe, sin embargo, ser obstáculo para una motivación suficiente de la decisión que se toma, tal y como ponemos de manifiesto en el apartado final de este trabajo.

Ahora interesa detenerse, dentro de la decisión sobre el régimen concreto de convivencia, en un aspecto particular, como es el de los informes periciales, donde se aprecia, en algunas sentencias, una vinculación muy estrecha con el criterio del interés del menor.

La SAPValencia 28 octubre 2013⁶ confirma la custodia individual decidida por el Juzgado. La Audiencia realiza un extenso repaso a la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor⁷ y realiza una aproximación conceptual en los siguientes términos: "... este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico –derecho francés, *son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité ...c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre aupremier rang*— o al amplio concepto de bienestar aplicando el "welfare principle" anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor". Posteriormente, presta atención a que en el ámbito del proceso familiar "habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aun lo son en esta esfera, hasta el punto de

6 SAPValencia 28 octubre 2013 (JUR 2014, 10432).

7 "En definitiva, a la hora de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que ha de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya dijo la s. TS. 9-3-89 'es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad', pronunciándose en el mismo sentido las ss.TS. 5-10-78, 11-10-91 y 12-2-92, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante 'favor filiae' (arts. 92, 103, 154, 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas 'siempre en beneficio de los hijos', como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados. Principio éste, igualmente reconocido en las declaraciones programáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia, como son: La Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29-5-87 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que 'en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos...' y el Consejo de Europa en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños, de 1980, basa su contenido en que "la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés de los niños".

que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor". En el caso concreto juzgado, no ve la Sala ninguna razón para discrepar de la medida del Juez de instancia favorable al régimen de convivencia individual, "no solo por el contundente informe del gabinete obrante en autos sino, asimismo, por cuanto, de lo actuado, se desprende que la madre, la figura de referencia, tiene un superior vínculo afectivo con sus hijos, se ha implicado en un porcentaje muy superior en las cuestiones diarias de la menor; y es una madre favorecedora de la relación paterno-filial..."

La SAP Alicante 30 octubre 2013⁸ establece, a diferencia de la del Juzgado, el régimen de convivencia compartida. A tal efecto, revisa de manera pormenorizada la prueba practicada sobre este extremo, considerando que "dado que se trata de determinar qué es lo que más beneficia al superior interés del menor; el medio de prueba que se presenta como más adecuado a tal finalidad es la pericia psicológica... sobre el núcleo familiar afectado por la medida". Tras el estudio del informe, concluye que no se observa obstáculo alguno para establecer la custodia compartida. Uno de los aspectos en los que incide para este cambio de medida (el Juzgado inicialmente decretó la custodia individual de la madre) fue el estilo educativo asertivo del padre, que se juzga más beneficioso para el interés del menor⁹.

3. Atribución del uso de la vivienda familiar.

No hemos hallado resoluciones judiciales en las que aparezca la referencia expresa al interés del menor en la adopción de la medida de atribución del uso de la vivienda familiar. No deja de sorprender el dato, pues el art. 6.1, si bien no menciona expresamente el interés del menor, sí señala que a falta de pacto, en los casos de régimen de convivencia compartida¹⁰, la preferencia en el uso de la vivienda familiar

8 SAP Alicante 30 octubre 2013 (JUR 2014, 7998).

9 Dice la sentencia: "El Sr. Lucio ha tenido gala de un estilo educativo asertivo que juzgamos más beneficioso para el interés del menor que el 'sobrepotector-permisivo' eventualmente empleado por la madre (f. 294). Como es sabido, la asertividad es una estrategia de comunicación a caballo entre la agresividad y la pasividad. Las personas asertivas no se comportan agrediendo ni sometiéndose a nadie, sino expresando respetuosamente sus opiniones y manteniéndose firmes en su voluntad, que no cede necesariamente ante las ideas o pensamientos de los demás. Los menores, como personas en fase de desarrollo y educación suelen ser bastantes permeables a los estilos de comunicación de sus progenitores, en tanto que éstos constituyen referentes importantes a la hora de aprender cómo comportarse frente a los demás. Es por ello que no se puede negar que un contacto más regular y normalizado de Saturnino con su padre le va a ser muy beneficioso en este plano. La normalización de las relaciones incluye la pernocta habitual y equitativa del menor con su progenitor, pues es éste el contexto más frecuente de relaciones de aquellos otros menores cuyos padres no se encuentran inmersos en una situación de crisis convivencial".

10 Esta regla se aplica tanto en los supuestos de convivencia compartida como en los de convivencia atribuida a favor de uno solo de los progenitores, tal y como se desprende del último inciso del art. 6.1. En este sentido, De

se atribuirá "en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda". La expresión legal "lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores" es, sin duda, equivalente al interés del menor y la ley lo sitúa, como acabamos de ver, por encima de cualquier otro.

Sin salimos del art. 6, hay una norma, la del art. 6.3, que puede plantear situaciones contrarias al interés del menor; incluso podría ser puesta en duda su constitucionalidad si tenemos en cuenta que el principio de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.2 CE exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad¹¹. Este art. 6.3 señala que la atribución de la vivienda "tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario". Habría, pues, que reflexionar si asignar el uso de la vivienda por un corto periodo de tiempo no sería contrario al interés del menor y lo más conveniente para él sería permanecer hasta cumplir la mayoría de edad. En la práctica jurisprudencial, encontramos variedad de soluciones: limitación temporal a un año¹², limitación temporal a cuatro años¹³, limitación temporal hasta la venta con un máximo de cuatro años¹⁴, limitación temporal a cinco años¹⁵, limitación temporal hasta la mayoría de edad¹⁶, limitación temporal hasta la independencia económica de los hijos¹⁷, y atribución a uno de los progenitores sin limitación¹⁸. Falta, sin embargo, la reflexión apuntada.

4. Otros casos.

El interés del menor aparece también en otras resoluciones judiciales para justificar la revisión de la medida en su día adoptada en torno a la guarda y custodia de los hijos.

Ocurre así en la SAP Alicante 12 julio 2013¹⁹. La juzgadora de instancia consideró procedente mantener en el juicio de divorcio (cuya sentencia es de 2013) la medida

VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Las crisis familiares en la legislación valenciana", en AA.VV.: *Derecho Civil IV* (coord. J.R. De VERDA Y BEAMONTE). Valencia (2013); Tirant lo Blanch, pp. 118-119, nota 17.

11 Así lo advierte DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Las crisis familiares en la legislación valenciana", cit., p. 119.

12 SAP Alicante 5 diciembre 2012 (JUR 2013, 116336).

13 SAP Alicante 12 julio 2013 (JUR 2013, 350502).

14 SAP Alicante 16 octubre 2013 (JUR 2014/7892).

15 SAP Alicante 28 febrero 2013 (JUR 2013, 201765).

16 SAP Alicante 7 mayo 2013 (JUR 2013, 279127).

17 SAP Valencia 18 enero 2012 (JUR 2012/75743).

18 SAP Alicante 12 julio 2013 (JUR 2013, 279787).

19 SAP Alicante 12 julio 2013 (JUR 2013, 279787).

dictada en juicio de separación (cuya sentencia es de 2009) conforme a la cual se atribuía la custodia de los hijos comunes a la madre. La Sala, que termina por revocar la sentencia de instancia en este extremo y otorgar la custodia compartida, acude al interés del menor para justificar la modificación de la medida y lo hace en los siguientes términos: "Cuando la medida definitiva que se pretende modificar es la de guarda y custodia de los hijos el requisito legal de que se haya producido una "modificación sustancial" de las circunstancias debe mitigarse (...). Es decir, la falta de prueba de una modificación sustancial de las circunstancias no se puede convertir en un obstáculo para el establecimiento de un régimen de convivencia compartida si se demuestra que este es beneficioso para el interés de los menores".

En realidad, no deja de sorprender el razonamiento que acabamos de exponer, pues es la propia Ley 5/2011 la que facilita la modificación de medidas y no es necesario recurrir al concepto del interés del menor. Se podrá o no estar de acuerdo, pero es indudable que la ley introduce un supuesto legal de modificación de medidas adoptadas judicialmente. La Disposición Transitoria Primera indica que "a través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior; cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma". Por tanto, si estando ya vigente la Ley 5/2011 se inicia el juicio de divorcio, la solicitud de la custodia compartida no requerirá de la prueba de una modificación sustancial de las circunstancias de la medida en su día adoptada a favor de la custodia individual, sino que obedece a razones de simple legalidad ordinaria, ya que es la propia ley la que permite instar la revisión.

La STSJCV 6 septiembre 2013²⁰ plantea acertadamente la cuestión cuando dice que "cabe... la posibilidad de modificación de la medida de custodia individual por otra de custodia compartida por causa de la modificación de la legislación aplicable, lo que se produce en el ámbito de la Comunidad Valenciana por la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, pues en definitiva con esta regulación se modifican las reglas que regían con anterioridad la adopción de medidas y ello constituye una circunstancia sobrevenida que altera sustancialmente el *rebus sic stantibus* connatural y propio de las medidas adoptadas, lo que expresamente recoge la disposición transitoria primera de la citada Ley valenciana que establece la posibilidad de revisión judicial de las medidas definitivas adoptadas conforme a la legislación anterior; cuando expresamente se solicite la aplicación de la citada norma respecto de casos concretos, refiriendo dicha revisión judicial sustantiva y por cambio de la regulación bajo la que se acordaron las medidas al procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación,

20 STSJCV 6 septiembre 2013 (RJ 2012, 6660).

nulidad o divorcio y con ello a la regulación procesal del art. 755 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Ahora bien, tal y como matiza la propia sentencia, el que la entrada en vigor de la Ley 5/2011 suponga una alteración de circunstancias, a efectos de modificación de medidas, no quiere decir que proceda siempre pasar de la individual a la compartida, pues esto dependerá del análisis y valoración de cada caso.

5. Reflexión final: el peligro de la excesiva discrecionalidad.

La utilización de un concepto jurídico indeterminado²¹, como es el interés del menor, tiene siempre como inconveniente que se acuda a él para basar la decisión concreta que se adopte, pero sin entrar a motivarla debidamente. En la²², la Sala otorga la custodia compartida, revocando la decisión de instancia favorable a la individual, con el siguiente razonamiento: "...teniendo en cuenta que la excepcionalidad desde la entrada en vigor de la Ley la constituye el establecimiento de un régimen de convivencia a un solo progenitor; entendemos que existen razones suficientes para que en interés del menor se concluya que resulta mejor el régimen de guarda y custodia compartida, dado que ambos progenitores son perfectamente capaces de asumir el cuidado y educación del menor; estando además el menor adaptado por igual a ambos padres, por lo que procede estimar el recurso y fijar la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia del menor; sin que apreciemos razones, ni factores que aconsejen optar por una solución que la nueva Ley considera excepcional". La solución, sin duda correcta en cuanto al fondo, exigiría un mayor detalle en la ponderación de las circunstancias del art. 5.3, y desde luego pone de manifiesto que la combinación de un concepto indeterminado como es el interés del menor y la regla general (convivencia compartida) puede dar lugar a resoluciones justas pero poco motivadas.

La lectura del art. 5 de la Ley 5/2011 induce a pensar que el juez debe motivar adecuadamente el régimen de convivencia por el que opta en ausencia de pacto de los progenitores. Son por ello correctas, en su razonamiento, las sentencias que valoran el material fáctico y analizan los factores enumerados en el art. 5 para justificar la decisión. Hay que huir de excesivas generalizaciones, de declaraciones que se limitan a señalar un régimen u otro como más beneficioso para los menores, pero sin examinar las circunstancias para resolver aquello que resulte más favorable a los intereses del menor²³.

21 Así lo califica la STS(CV 6 d septiembre 2013 (RJ 2013, 6660).

Como dice DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia*, Madrid (2009): Iustel, p. 24, "el interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado".

22 SAP Alicante 5 diciembre 2012 (JUR 2013, I16336).

23 Como dice INIGUEZ DEL VAL, S.: "De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución. Sentencia de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269)". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014), 94.

Siendo el interés del menor un concepto abierto, el peligro de la excesiva discrecionalidad puede ser atemperado si se utilizan por el Juzgador los factores del art. 5 para hacer más fácil su concreción. Es la solución que consideramos más adecuada, incluso aunque estos factores del art. 5 sean también, a su vez, conceptos abiertos y necesitados de concreción. El art. 5.3, al enumerar los factores, señala que "la autoridad judicial tendrá en cuenta...", lo que refuerza la conclusión antes apuntada, en el sentido de exigir un examen de los mismos por la sentencia que ponga fin al procedimiento, y ello con independencia del carácter compartido o individual del régimen de convivencia. Hay que motivar la adopción del régimen de convivencia, sea cual sea²⁴. También es importante reparar en que el art. 5.3 indica que el Juez, al tomar la decisión, tiene "a la vista" la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de los progenitores debe presentar²⁵.

La STSJCV 6 diciembre 2013²⁶ ofrece la pauta a seguir en estos casos. Estima la infracción del art. 5 de la Ley 5/2011, casa la sentencia de la AP de Valencia que optó por la custodia individual y repone la del JPII de Gandía que había resuelto a favor de la custodia compartida. Afirma el Tribunal que "el superior interés del menor a que se remite la sentencia recurrida queda limitado a la invocación retórica del mismo, que si bien se identifica en los textos que cita no aplica ningún criterio integrador del interés del menor ni explícita en qué medida está mejor protegido dicho interés del menor en el sistema de custodia o convivencia individual que en el sistema de custodia compartida, sin expresar de forma clara –salvo la referencia a la distancia entre Denia y Gandía– las circunstancias que hacen más adecuado al interés del menor el régimen de custodia individual que el de custodia compartida, obviando el informe psicosocial favorable, la especial situación del padre y el dictamen del Ministerio Fiscal. Tampoco pondera las consecuencias que se pueden derivar del régimen de convivencia adoptado para la formación integral del menor, obviando asimismo las garantías y precauciones legales para asegurar el interés superior de cada menor tales como la posibilidad de controles periódicos, como alega el Ministerio Fiscal".

p. 259, "cualquier decisión que adopte el Juez no bastará con que esté fundada en el interés del menor sino que también ha de estar debidamente argumentada".

24 En este mismo sentido, FORTEA GORBE, J. L.: "Análisis de los criterios para la adopción del régimen de convivencia compartida desde la perspectiva judicial. Jurisprudencia reciente", ponencia del curso *El Derecho de familia. La ruptura parental: medidas a adoptar. La encrucijada de la Ley valenciana de custodia compartida. La mediación*. Alicante (2012): Universidad de Verano Rafael Altamira, p. 30.

En cambio, para CLEMENTE MEORO, M.: "El pacto de convivencia familiar y las medidas judiciales en su ausencia de pacto en la ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, 63, el juez tiene libertad para decidir uno u otro régimen de convivencia, aunque parece que para decidir el de convivencia exclusiva con uno de los progenitores habrá de justificar su necesidad.

25 Es decir, podría suceder que ninguno de los progenitores propusiera el régimen de convivencia compartida. En este caso, nos inclinamos por pensar que la objeción de los progenitores es indicativa de que el régimen de convivencia compartida no coincide con el interés superior del menor.

26 STSJCV 6 diciembre 2013 (RJ 2013, 6660).

Se pone así de manifiesto por el TSJ de la Comunitat Valenciana que no debe hacerse una invocación genérica y retórica al superior interés del menor. Al contrario, como dice el Tribunal, "se ha de concluir... que el interés superior del menor se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida –artículo 5.2– y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés del menor en cada caso –artículo 5.4–, todo ello en los términos de la definición de ambos de la norma legal –artículo 3–, todo ello ponderado en función de los factores de decisión que expresamente reseña la norma legal en su artículo 5.3"²⁷.

Está, pues, claramente señalado el camino a seguir: atender al interés del menor en los términos de ponderación de factores del art. 5 y de la excepcionalidad del régimen de convivencia individual²⁸, huyendo de razones abstractas e imprecisas. Un buen ejemplo a seguir es la reciente SAP Castellón 17 enero 2014²⁹, en la que la Sala determina el régimen que mejor protege el interés de los menores analizando todos y cada uno de los factores del art. 5.3 con relación al caso concreto planteado.

27 Sigue este mismo razonamiento la SAP Valencia 18 junio 2014 (JUR 2014, 201095).

28 La Ley valenciana viene a ser coherente con la evolución de las cosas.

Si antes se consideraba que el interés del menor se conseguía con la guarda individual, porque le proporcionaba un ambiente estable, hoy, con el paso de los años ha ido calando en la sociedad que los hijos deben relacionarse con ambos progenitores, pese a la ruptura familiar, y que la custodia compartida es la institución jurídica más beneficiosa para ellos. Sobre ello, UREÑA MARTÍNEZ, M.: "Modificación de la guarda única por la custodia compartida con el argumento de que dicha medida es más beneficiosa para los hijos. Sentencia de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5002)". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014), 94, pp. 452 ss.

29 SAP Castellón 17 enero 2014 (JUR 2014, 119985).

BIBLIOGRAFÍA

CLEMENTE MEORO, M.: "El pacto de convivencia familiar y las medidas judiciales en su ausencia de pacto en la ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch.

CONESA PÉREZ, C.: "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* (2011), 8, pp. 25-32.

DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia*. Madrid (2009): Iustel.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Las crisis familiares en la legislación valenciana", en AA.VV.: *Derecho Civil IV* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Valencia (2013): Tirant lo Blanch.

FORTEA GORBE, J.L.: "Análisis de los criterios para la adopción del régimen de convivencia compartida desde la perspectiva judicial. Jurisprudencia reciente", ponencia del curso *El Derecho de familia. La ruptura parental: medidas a adoptar. La encrucijada de la Ley valenciana de custodia compartida. La mediación*. Alicante (2012): Universidad de Verano Rafael Altamira.

INÍQUEZ DEL VAL, S.: "De la excepción a la realidad de la custodia compartida. Criterios para su atribución. Sentencia de 29 de abril de 2013 (RJ 2013, 3269)". *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2014), 94, pp. 245-268.